



LES PROPRIETES-SURETES DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES EN DROIT DE L'OHADA

Souleymane TOE

Maître de Conférences Agrégé en droit privé

Université Thomas SANKARA

Et

Ousséni SAWADO

Docteur en droit privé

Université Thomas SANKARA

Résumé

Les propriétés-sûretés et les procédures collectives sont deux techniques juridiques aux finalités parfois antagoniques. Alors que les premières ont pour finalité de protéger le créancier contre l'insolvabilité du débiteur, les secondes ont pour fonction de traiter de cette insolvabilité même au prix d'une certaine entorse aux droits des créanciers. Or, de l'analyse, au-delà de l'antagonisme, les propriétés-sûretés et les procédures collectives semblent se compléter, permettant aux premières, de contribuer par l'alchimie d'une meilleure coordination à mieux apporter les réponses idoines aux secondes dans leur finalité de sauvetage de l'entreprise malade de ses dettes. C'est cette systématisation de la coordination salvatrice entre propriété-sûreté et procédures collectives que la présente étude tente de mettre en lumière.

Abstract

Security interests and insolvency proceedings are two legal techniques with sometimes conflicting aims. While the former are designed to protect creditors against debtor insolvency, the latter are designed to deal with insolvency, even at the cost of infringing creditors' rights. Yet, beyond their antagonistic relationship, security interests and collective procedures seem to complement each other, enabling the former to contribute, through the alchemy of better coordination, to providing the appropriate responses to the latter in their quest to rescue a debt-ridden company. It is this systematization of the life-saving coordination between property security and collective proceedings that the present study seeks to highlight.



Introduction

1. L'amplification ambiante du risque d'insolvabilité des entreprises combinée à la raréfaction du crédit contraint les créanciers à s'aménager des garanties efficaces¹. Cette contrainte est d'autant plus prégnante que les tentatives des créanciers de recouvrer leurs créances se heurtent, le plus souvent, à la situation moribonde de l'entreprise². Afin de conjurer ces risques potentiels, les créanciers observent religieusement une méfiance, en prenant fréquemment la précaution de conditionner l'octroi du crédit à l'obtention de sûretés. Malgré cette prudence, lorsque l'entreprise cesse d'être in bonis, ses difficultés peuvent conduire à l'ouverture d'une procédure collective contre elle. Dans cette occurrence, les droits des créanciers, en général, et ceux des créanciers bénéficiant des sûretés réelles classiques préférentielles, en particulier, sont considérablement affaiblis³. Pourtant c'est à ce moment que par leur essence, ces sûretés devraient révéler de façon optimale, leur utilité économique protectrice. Cette défaillance pousse les créanciers à rechercher des sûretés de substitution mieux protectrices dans le contexte de la mise en œuvre d'une procédure collective. L'une des catégories sollicitées en raison de son efficacité avérée est celle des propriétés-sûretés.
2. La compréhension aisée de ce mot composé de deux termes passe par une tentative de détermination de la signification de chacun. D'abord, la propriété, aux termes de l'article 544 du Code civil burkinabè, est définie comme « ...le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage

¹ Michel JEANTIN et Paul LE CANNU, *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd. 2007, p. 2

² Marie Duvalé KODJO GNINTEDEM, « Heurs et malheurs de l'article 4 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires- pratique Professionnelle*, n° 2, Mars 2013, législation, p. 295 ; Kouakou Stéphane BOHOUSOU, *Réflexion critique sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA : proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles*, thèse, Université de bordeaux, 2015, n° 28, p. 15.

³ V. Jean-Claude JAMES, « Sûretés-propriétés et procédures collectives en droit uniforme africain », *in mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel SAWADOGO, Les horizons du droit OHADA*, Cotonou, CREDIJ, 2018, p. 19 ; Philippe ROUSSEL GALLE, « Les créanciers au centre des conflits dans la procédure collective », *Gaz. Pal.*, 26 juin 2008, n° 178, p. 60.



prohibé par les lois ou par les règlements ». De cet énoncé, la doctrine⁴ en a déduit les caractères absolu, exclusif et perpétuel de la propriété et, en a dégagé des attributs que sont l'usus, le fructus et l'abusus.

3. Le terme provient, étymologiquement, du mot latin *securitas* ou *securus*⁵, qui signifie littéralement sécurité. Le mot *sûreté* tire, donc, son origine du concept de sécurité qui induit la protection⁶. Ce sens général du terme *sûreté* ne livre pas toute la signification de ce mot dans le champ juridique. En droit, le concept de *sûreté* renvoie en plus de la notion de protection à celle de garantie. En droit constitutionnel, la *sûreté* est synonyme de protection.
4. A cet effet, la constitution du Burkina Faso dispose que la *sûreté* est garantie pour dire qu'elle est protégée au même titre que l'intégrité physique et la vie⁷. L'usage du concept de *sûreté* en droit pénal fait également appel à la notion de protection, notamment de l'ordre social comme le montre les expressions « *sûreté de l'État* »⁸, « *les mesures de sûreté* »⁹, etc. En droit civil et en droit des affaires, le concept est utilisé dans sa signification de garantie. A preuve, l'article 1er de l'Acte Uniforme portant organisation des *Sûretés* (AUS) définit la *sûreté* comme « *l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant* »¹⁰. C'est

⁴ V. en ce sens, Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Les biens*, Paris, LGDJ, Coll. Droit civil, 6^e éd., 2015, n° 432 et s., pp. 139 et s., François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Paris, Dalloz, Coll. Précis, 9^e éd., 2014, n° 120 et s., pp. 131 et s.

⁵ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, v. occ. *Sûreté, ass. H. Capitant*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 8^e éd., 2007, pp. 899-900.

⁶ Sarah FARHI, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Tome 6, 2016, p. 15.

⁷ Art. 2, al. 1^{er} de la constitution burkinabè : « *La protection de la vie, la sûreté et l'intégrité physique sont garanties* ».

⁸ Le titre 1 du livre 3 du nouveau Code pénal burkinabè traite « *des crimes et délits contre la sûreté de l'État* ».

⁹ Article 221-1 du nouveau Code pénal burkinabè : « *Les mesures de sûreté sont des mesures individuelles coercitives imposées à des individus dangereux pour l'ordre social afin de prévenir les infractions que leur état rend probables. Constituent des mesures de sûreté : l'internement des aliénés ; le traitement des personnes s'adonnant aux stupéfiants ; le traitement des alcooliques dangereux ; les mesures concernant certaines personnes atteintes de trouble psychique ou neuropsychique ; la liberté surveillée des mineurs* ».

¹⁰ L'ancien article 1^{er} de l'AUS définissait les *sûretés* comme « *...des moyens accordés au créancier par la loi de chaque État-partie ou la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci* ». En ce sens, Eloi SOUPGUI, *Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA*, thèse, Université de Yaoundé II, 2008, n° 2, p. 16 ; v. Pierre CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, p. 234



donc un mécanisme de garantie de l'exécution d'une obligation. C'est dans cette signification que le concept de sûreté sera utilisé, dans la présente réflexion.

5. Toutefois, le rattachement du concept de sûreté à la notion de garantie ne livre pas entièrement l'identité précise de ce concept qui ne se laisse pas aisément appréhender¹¹, ce qui a conduit certains auteurs à le qualifier d'introuvable notion¹². En réalité, toutes les sûretés sont des garanties, mais toutes les garanties ne sont pas, stricto sensu, des sûretés¹³. L'une des complexités dans la distinction entre les deux notions vient de ce que la notion de garantie n'a fait l'objet d'aucune définition légale. Conceptuellement, elle est une notion plus large qui englobe les sûretés et en fait une sous-catégorie qui regroupe un petit nombre d'institutions constitutif de mécanisme destiné à garantir le risque d'impayé¹⁴. C'est dans ce sens que l'association du concept de propriété et celui de sûreté revêt un intérêt particulier.
6. Cet intérêt particulier est révélé par le fait de la jonction de la notion de propriété à celle de sûreté pour en faire un mécanisme unique de garantie de l'exécution d'une obligation. Les propriétés-sûretés peuvent être appréhendées comme l'affectation d'un droit de propriété en garanti de l'exécution d'une obligation. Il faut reconnaître que le législateur de l'OHADA n'est pas disert sur la notion de propriété-sûreté. Il souligne simplement à l'article 4, alinéa 2 de l'AUS que « Sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, les seules sûretés réelles valablement constituées sont celles qui sont régies par cet Acte. Elles consistent soit dans le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur, soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation ». C'est donc dans les dispositions in fine de cet alinéa que le législateur fait allusion aux propriétés-sûretés¹⁵ qui sont de

¹¹ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC, Philippe PÉTEL, *Droit des sûretés*, 10^e éd., LexisNexis, 2015, n° 2.

¹² Kouakou Stéphane BOHOUSOU, *Réflexion critique sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA : proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles*, *op. cit.*, p. 9.

¹³ Relativement à cette problématique de la distinction entre sûreté et garantie, deux écoles s'affrontent. Celle de la conception plus large de la notion de sûreté (V. Pascal ANCEL, *Droit des sûretés*, Paris, LexisNexis, coll., Objectif droit, 2011, n° 26, p. 10 ; Georges NFOUTCHA, « La proportionnalité dans les contrats de garantie : contribution à la théorie de l'équilibre des contrats », *Penant* n° 893, Octobre-Décembre 2015, pp. 471 et s.) et celle de la conception restrictive (Arlette MARTIN-SERF, « L'interprétation extensive des sûretés réelles en droit commercial », *RTD Com.* 1980, p. 677).

¹⁴ Dominique LEGEAIS, *Sûretés et garanties de crédit*, *op. cit.*, pp. 21 et s.

¹⁵ Eloi SOUPGUI, *Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA*, *op. cit.*, p. 16.



manière elliptique définies par rapport à leurs effets comme le droit du créancier de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de l'exécution d'une obligation. Au regard de l'importance de ces sûretés particulières, il eut fallu en donner une définition plus élaborée¹⁶.

7. Toutefois, la difficulté née du caractère sommaire de la définition des propriétés- sûretés est atténuée par la déclinaison schématique de celles-ci telle qu'elle découle de l'article 71 de l'AUS. D'abord, la propriété peut être retenue à titre de garantie, par le biais d'une clause de réserve de propriété¹⁷. Par cette clause, le vendeur d'un bien s'en réserve la propriété jusqu'à ce que le prix convenu lui ait été payé. Ainsi, le créancier demeure propriétaire du bien même si le débiteur a la détention de ce même bien. Et, ensuite, la propriété-sûreté peut se manifester par un transfert provisoire de la propriété. Elle se caractérise, plus précisément, par le fait qu'un créancier va devenir propriétaire d'un bien pendant une période limitée au remboursement de la créance. Il devra, ainsi, restituer la propriété du bien au débiteur une fois que celui-ci aura intégralement satisfait à ses obligations. En droit de l'OHADA, il s'agit essentiellement de la cession de créance, régie par les articles 79 à 86 de l'AUS, et du transfert fiduciaire de somme

¹⁶ Filiga Michel SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 241 ; Maturin BROU KOUAKOU, « La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives : l'apport du traité OHADA », *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA*, vol. 1, PUAM, 2010, p. 1 ; Cossi Dorothé SOSSA, « Contribution à l'étude de la nature juridique de la clause de réserve de propriété », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n° 16, 2006, p. 3.

¹⁷ La doctrine a beaucoup discutée la qualification même de la clause de réserve de propriété. En ce sens, voy., Maturin BROU KOUAKOU, « La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives : l'apport du traité OHADA », op.cit., p. 26. Cf. Bruno OPPETIT, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mél. HOLLEAUX D.*, Paris, Litec, 1990, p. 323 ; Philippe DUPICHOT, « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », *Revue Lamy Droit civil*, n° 29, 1^{er} juillet 2006, p. 401. Par contre, d'autres l'ont assimilé à une sûreté. Cf. Michel CABRILLAC et Christian MOULY, *Droit des sûretés*, Paris, Litec, 7^e édition, n° 533 : Pour ces derniers, « *La propriété réservée est l'accessoire de la créance du prix tributaire de son sort* » ; Jacques MESTRES, *Les grands arrêts du droit des affaires*, 1995, n° 50, p. 557 ; Thierry JACOMET, « La nature juridique de la réserve de propriété », *Bull. Joly sociétés*, déc. 2002, n° 12, p. 1320. La jurisprudence, notamment française n'est pas en reste. Elle avait, dans un premier temps, reconnu à la clause de réserve de propriété, le caractère d'accessoire de créance avant de lui reconnaître, le label de sûretés. En ce sens, voy. Cass. com., 15 mars 1988, n° 86-13.687 : *Juris-Data* n° 1988-700578 ; *RTD civ.* 1988, p. 791, obs. Monique BANDRAC ; *D.* 1988, p. 330, note Françoise PEROCHON ; *Banque juin* 1988, n° 484, p. 699, obs. Jean-Louis RIVES-LANGE ; également, Cass. com., 9 mai 1995, *Leclerc c/ Diac Équipement*, inédit, n° 997 *D* : *RTD civ.* 1996, p. 441, obs. Pierre CROCQ ; *Rev. proc. coll.* 1995, p. 487, n° 28, obs. Bernard SOINNE ; Cass. com., 23 janv. 2001, n° 97-21.660 : *Juris-Data* n° 2001-007979 ; *Bull. civ.* 2001, IV, n° 23 ; *JCP G* 2001, I, 321, n° 13, obs. Michel CABRILLAC ; *JCP E* 2001, p. 750, n° 13 ; *JCP G* 2001, IV, 1502 ; *RTD civ.* 2001, p. 399, obs. Pierre CROCQ ; *D.* 2001, p. 702, obs. Alain LIENHARD ; *RTD com.* 2001, p. 518, obs. Arlette MARTIN-SERF ; *Act. proc. coll.* 2001, comm 52, obs. Corinne REGNAUT-MOUTIER. Sur la question, le doute a semblé subsister en droit OHADA sous l'empire de l'ancien AUS, mais depuis la réforme de 2010 du droit OHADA des sûretés, le droit OHADA a tari le débat par une reconnaissance expresse de la clause de réserve de propriété comme une sûreté réelle mobilière.



d'argent consacré par les articles 87 à 91 de l'AUS¹⁸. C'est la propriété-sûreté ainsi comprise dans ses deux dimensions qui doit être évaluée dans sa réception en procédures collectives.

8. Ces dernières peuvent être entendues comme des procédures faisant intervenir la justice lorsque le débiteur, professionnel, n'est plus en mesure de payer ses dettes¹⁹. L'expression procédure collective résulte du fait qu'en cas de faillite du débiteur²⁰, le patrimoine de celui-ci fait l'objet d'un règlement global dans le cadre d'une procédure judiciaire qui s'impose à lui comme à l'ensemble des créanciers. Dans ce sens, la volonté du législateur de l'OHADA d'organiser, collectivement, les procédures de paiement des créanciers est traduite par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, Acte de 2015.
9. Mais, on note aussi des dispositions de cet Acte uniforme, une volonté de sauver l'entreprise en difficulté²¹. On peut soutenir que même s'il est constaté que la tendance à la sauvegarde de l'entreprise en difficulté en droit de l'OHADA est encore à un stade très embryonnaire, elle est tout de même affirmée et ne peut être ignorée. C'est alors que l'originalité de la présente réflexion qui relie les propriétés-sûretés aux finalités de procédures collectives se révèle et met en exergue la problématique de la réception par les procédures collectives du mécanisme des propriétés-sûretés. Le questionnement juridique est celui du dépassement de la fonction classique de garantie des propriétés-sûretés pour faire de ce mécanisme un remède aux difficultés de réalisation des finalités des procédures collectives ou plutôt un mécanisme contributif à l'atteinte des finalités des procédures collectives.
10. De ce questionnement central se dégage l'intérêt théorique de la réflexion qui se décline en une reconfiguration des principes classiques qui sous-tendent le droit des sûretés et

¹⁸ Certes, avant la révision de l'AUS en 2010, ces propriétés transférées à titre de sûretés n'étaient pas expressément consacrées en droit OHADA. Mais, force est de reconnaître que celles-ci, à l'instar de la clause de réserve de propriété susmentionnée, n'y étaient pas totalement inconnues. Elles s'étaient insinuées dans l'arsenal juridique OHADA à travers quelques instruments juridiques tels que le gage-espèces. Ces propriétés transférées à titre de garantie, appelées propriétés-fiduciaires ou « fiducies innommées », peuvent être rapprochées à la fiducie-sûreté du droit français.

¹⁹ Filiga Michel SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 2.

²⁰ Meyeba POCANAM, « Réflexion sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo », *op. cit.*, pp. 189 et s.

²¹ Aymar TOH, *La prévention des difficultés des entreprises : étude de droit comparé français et OHADA*, Thèse, Université de bordeaux, 2015, n° 2, pp. 11 et s.



le droit des procédures collectives. Un mécanisme qui à l'origine sert de garantie de paiement des créanciers est mis au service de débiteur pour l'aider à sauver son patrimoine afin, in fine, de faciliter le paiement des créanciers.

Il va s'en dire que sur le plan pratique, l'intérêt de la présente réflexion est évident. Elle intéresse tous les professionnels du crédit, notamment les créanciers dispensateurs de crédit et les vendeurs à tempérament qui ont un grand intérêt pour l'utilisation de la propriété comme instrument de garantie afin de se protéger efficacement en cas de procédure collective. Elle intéresse aussi tous les professionnels en charge du sauvetage des entreprises en difficultés.

11. L'incidence du mécanisme de la propriété-sûreté sur les finalités de la procédure collective sera démontrée par l'usage de la méthodologie juridique qu'est l'exégèse qui permet de découvrir la signification des normes en vigueur en matière de propriétés-sûretés et en matière de procédures collectives ainsi que leur portée. Elle est davantage pertinente lorsque, sans vouloir véritablement faire du droit comparé, il est convoqué des ressources normatives en vigueur en droit étranger, notamment français en raison de sa proximité avec le droit de l'OHADA des sûretés et des procédures collectives, pour confirmer ou infirmer certaines analyses ou pour éventuellement indiquer le sens d'une réforme.
12. Une lecture attentive des normes relatives à la fois aux propriétés-sûretés et aux procédures collectives révèle que les premières, c'est-à-dire le propriétés-sûretés peuvent, d'une part, être mobilisées comme levier d'aménagement des conditions d'ouverture des procédures collectives (I) et, d'autre part comme, comme bouée de sauvetage du débiteur (II).



I. Les propriétés-sûretés, levier d'aménagement des conditions d'ouverture des procédures collectives

13. Afin de réaliser la sauvegarde des entreprises en péril, il est nécessaire, parfois, d'assurer une restructuration de l'entreprise débitrice. Cette restructuration implique une réorganisation de ses dettes, ses finances voire son activité. Son succès nécessite la participation active des créanciers de l'entreprise en difficulté. Or, pour que ceux-ci puissent parier sur le sauvetage de l'entreprise et lui accorder des faveurs, il faudrait qu'ils soient rassurés par d'efficaces garanties de paiement en contrepartie de leurs efforts consentis. Les propriétés-sûretés, au regard de leur efficacité enviée²², répondent donc à cette fonction. Ainsi, leur adaptabilité à cette finalité peut se traduire par leur instrumentalisation au service de l'entreprise en difficulté autorisant ainsi un certain infléchissement de la notion de cessation des paiements (A), qui permettrait un relâchement des conditions d'ouverture (B) pour plus d'efficacité des procédures collectives.

A. Un infléchissement possible de la notion de cessation des paiements

14. Selon l'article 28 de l'AUPCAP : « *la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens peut être ouverte à la demande d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance, à condition qu'elle soit certaine, liquide et exigible* ». Il en ressort que le créancier dont la créance est certaine, liquide et exigible peut assigner le débiteur aux fins d'ouverture d'une procédure collective. Certes, cette disposition vise tout créancier, mais nos analyses concerneront, essentiellement, le créancier-propriétaire. Pour le succès de son action, en plus du non-paiement de sa créance, le créancier-propriétaire devrait rapporter la preuve que le débiteur est en cessation des paiements. Cela est d'autant plus logique que le non-paiement de sa créance peut résulter du refus ou de la négligence du débiteur. Afin d'éviter des abus de sa part, il devrait caractériser la cessation des paiements du débiteur. Or, cela peut paraître, pour la plupart des créanciers, une tâche bien ardue voire impossible car ils auront difficilement les moyens matériels et juridiques pour démontrer la situation d'insolvabilité. En effet, dans l'immense majorité des cas, le créancier est tenu d'établir l'impossibilité pour le

²² François-Xavier LUCAS, « La fiducie, un cadre adapté pour réaliser des transferts temporaires de valeurs mobilières », *Revue Droit et Affaires* n° 4, Août 2007, 7 ; Christophe JACOMIN, « Fiducie : un instrument à découvrir et à pratiquer », *Rev. Dr. anc. et Fin.*, juillet 2013, n° 4 part. 5.



débiteur d'offrir un concordat sérieux ou que la situation du débiteur est irrémédiablement compromise alors même que dans la majeure partie des hypothèses, les comptes du débiteur lui seront inconnus. Une catégorie de créanciers semble, par contre, s'extirper de cette difficulté probatoire car, elle jouit de certaines facilités dans l'accès aux comptes du débiteur. Il s'agit notamment des créanciers bancaires, fiscaux et sociaux²³.

15. L'examen de la jurisprudence française révèle que le débiteur peut rester inactif et, dans cette hypothèse, il ne lui est pas transféré la charge de la preuve²⁴. Ainsi, il sera quasiment impossible d'ouvrir une procédure collective à l'encontre d'un débiteur sur l'assignation d'un créancier²⁵. Face à cette éventualité, dans la jurisprudence de l'OHADA, certaines juridictions²⁶ facilitent l'ouverture d'une procédure collective sur assignation du créancier, dès lors qu'elles constatent que la créance est certaine, liquide et exigible et que le débiteur n'a pu la solder ni proposer un concordat sérieux. Ces solutions ont le mérite d'être pragmatiques en ce sens qu'elles permettent, d'une part, d'éviter les dilatoires du débiteur et d'alléger la souffrance des créanciers qui font face, souvent, à des débiteurs sans scrupule²⁷. D'autre part, ces solutions jurisprudentielles opèrent un transfert de la charge de la preuve au débiteur dès lors qu'il conteste l'état de fait allégué. Ainsi, elles établissent un certain équilibre entre les rapports créancier-débiteur, en ce sens qu'elles obligent celui-ci à se prononcer sur sa situation financière et économique²⁸.

²³ Jean-Luc VALLENS, « La preuve de la cessation des paiements », *op. cit.*, p. 19 ; Fernand DERRIDA, « Le droit de communication des créanciers dans la faillite et le règlement judiciaire », *JCP* 1958, I, 1460.

²⁴ Cass. Com., 2 avril 1996, *JCP E* 1996, pan. 661 ; *Rev. Proc. Coll.*, 1997-2, p. 175, obs. Jean-Michel CALENDINI ; Cass. com., 25 fév. 1997, *D. aff.* 1997, p. 484 ; Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-12.212 : *JurisData* n° 2009-047604 ; *APC*, 2009-8, comm. 121, obs. Jean VALLANSAN ; Cass. com., 11 avril 2012, n° 11-16416.

²⁵ Lamine DOBASSY, *Les garanties de paiement des créanciers dans les procédures collectives OHADA : Etude à la lumière du droit français*, *op. cit.*, p. 148.

²⁶ TGI, Ouagadougou, Jugement n° 207/2005 du 20 avril 2005, affaire CWE c/ BEMES, www.ohada.com, Ohadata J-07-138 ; Jugement n° 038/07 du 25 avril 2007, préc. ; TRHCD, Jugement commercial n° 077 du 12 mars 2004, affaire SICS, www.ohada.com, Ohadata J-09-336 ; Jugement n° 055 du 12 décembre 2003, affaire SASIF c/ EEXIMCOR, www.ohada.com, Ohadata J- 09-328, obs. Joseph ISSA-SAYEGH ; TGI, Mfoundi, Jugement civil n° 158 du 23 janvier 2002, affaire Sté SHO Cameroun SA c/ Sté UDEC ; TC Bamako, 04 août 1999, Jugement n° 215, affaire Etat Mali c/ I.T.E.M.A et, pour la même affaire, v. Jugement n° 371 du 02 oct. 2003.

²⁷ Lamine DOBASSY, *Les garanties de paiement des créanciers dans les procédures collectives OHADA : Etude à la lumière du droit français*, *op. cit.*, p. 148.

²⁸ C'est dans ce sens qu'abonde un auteur lorsqu'il affirme, avec certitude, « qu'un tel procédé probatoire instaure une certaine présomption de cessation des paiements du débiteur dès lors qu'il ne paie pas ses dettes arrivées à échéance. Il lui revient donc de démontrer pourquoi ses dettes sont restées impayées et qu'il dispose des moyens nécessaires pour les payer » : Lamine DOBASSY, *Les garanties de paiement des créanciers dans les procédures collectives OHADA : Etude à la lumière du droit français*, *op. cit.*, p. 148.



16. Mais, contrairement à ces cas d'espèces, d'autres juridictions en droit de l'OHADA, notamment, la cour d'appel de Ouagadougou, dans un arrêt du 16 avril 2004²⁹, et le tribunal de commerce de Bamako, dans un jugement du 25 septembre 2009³⁰, s'alignant sur la jurisprudence française, adoptent une certaine rigueur à l'égard du créancier, en exigeant que celui-ci établisse la preuve de la cessation des paiements du débiteur. Dans ces cas d'espèces, ces juridictions ont refusé aux créanciers, l'ouverture de la procédure collective au motif que ceux-ci n'ont pas rapporté la preuve de la cessation des paiements de leurs débiteurs alors même que ces derniers reconnaissent leurs difficultés. D'ailleurs, ces débiteurs n'étaient pas en mesure de payer leurs créanciers ni encore de donner les moyens de les solder. L'on ne peut s'empêcher de déplorer cette position jurisprudentielle qui, par sa rigueur apparemment excessive, est de nature à retarder l'ouverture de la procédure collective et ne favorise pas le traitement précoce des difficultés de l'entreprise³¹.

17. Pourtant, l'incapacité des débiteurs à payer leurs créanciers aurait pu permettre aux juges, soit d'inverser la charge de la preuve afin de mieux cerner la situation réelle du débiteur en l'exigeant de fournir les vraies raisons du non-paiement de ses créanciers, soit de recourir à l'expertise d'un tiers, conformément à l'article 32 al. 2 de l'AUPCAP, pour éclairer leur religion³². Un auteur considère que le recours à cette disposition constitue la preuve par excellence de la cessation des paiements garantissant la protection des intérêts en jeu. En effet, la procédure collective n'affecte pas uniquement les intérêts du demandeur et du débiteur. Elle affecte également des intérêts catégoriels

²⁹ CA Ouagadougou, ch. civ. et com. 16 avril 2004, arrêt n° 52, préc. Les juges du fond ont jugé « *qu'au regard de l'analyse de la situation financière de la société qui avait été fournie, la preuve de la cessation des paiements n'était pas établie ; qu'il existe, certes, des difficultés mais non insurmontables et qui, en aucun cas, ne s'apparentent à un état de cessation des paiements ; qu'aucun élément nouveau n'a été rapporté par les créanciers de la SOSACO pour prouver ni une cessation des paiements ouverte, ni une cessation des paiements déguisée ; qu'il s'en suit qu'aucune preuve de l'état de cessation des paiements de la SOSACO n'a été rapportée pour permettre à la juridiction compétente de la constater* ».

³⁰ TC Bamako, Jugement n° 464 du 25 septembre 2009, préc. ; Jugement n° 173 du 02 avril 2002, affaire BOA c/ Sté BAARA-SA : dans ces décisions, le tribunal refuse l'ouverture de la procédure collective au motif que les créanciers n'ont pas rapporté la preuve de la cessation des paiements de leurs débiteurs, alors même que ces derniers reconnaissent leurs difficultés.

³¹ Lamine DOBASSY, *Les garanties de paiement des créanciers dans les procédures collectives OHADA : Etude à la lumière du droit français*, op. cit., p. 148.

³² V. en cela, TRHCD, Jugement n° 127 du 28 janvier 2005, préc. ; Jugement commercial n° 63 du 23 juin 2003, affaire Sté Toulor Sénégal SARL R /DG c/ Sté EAGLE, www.ohada.com, Ohadata J-09-341.



multiples³³ et l'intérêt collectif des créanciers sans que ceux-ci soient, nécessairement, partie à ce stade de la procédure. Par conséquent, il peut paraître périlleux d'ouvrir une procédure collective, surtout une liquidation des biens, sur le fondement d'éléments légers tels qu'un simple aveu du débiteur ou un simple non-paiement d'une dette. Le recours préalable à un tiers, un professionnel agréé qui connaît sûrement son domaine d'activité, pour s'enquérir de la situation exacte de l'entreprise peut permettre aux juges³⁴ de dépasser les clivages antagonistes et égoïstes créanciers-débiteurs et de fonder leurs décisions sur un avis indépendant et impartial, éludant toute supputation³⁵.

18. Fort de ce qui précède, le législateur de l'OHADA, à l'occasion de la réforme intervenue le 10 septembre 2015, a apporté des précisions relatives aux difficultés pouvant entraîner l'ouverture des procédures collectives. Cependant, concernant les conditions d'ouverture du redressement judiciaire, procédure phare, l'apport de cette réforme paraît insuffisant dans la mesure où elle ne s'ouvre que lorsque l'entreprise est déjà en sa phase clinique de cessation des paiements, d'où il semblerait judicieux d'assouplir les conditions d'ouverture de ce redressement.

B. Un relâchement possible des critères d'ouverture du redressement judiciaire

19. Le succès de la procédure de redressement judiciaire, qui vise la sauvegarde de l'entreprise, implique un assouplissement de sa condition d'ouverture. Cet assouplissement nécessite une dissipation de l'ambiguïté inextricable qui existe entre une entreprise seulement en état de cessation de paiement et celle en état de cessation des paiements doublé d'une situation irrémédiablement compromise.

³³ Elle touche notamment les créanciers chirographaires, ceux munis de sûretés, les salariés, les assureurs de crédit, les actionnaires voire les obligataires.

³⁴ Le constat dans la jurisprudentielle OHADA révèle l'usage de ce mode de preuve. V. en ce sens, TRHCD, Jugement n° 133 du 11 mars 2005, affaire Sté SENLAC S.A., préc. ; Jugement n° 2227 du 08 janvier 2004, affaire Sté CENE-EXPORT c/ GENEQUIPT, www.ohada.com, Ohadata J-09-335 ; TGI, Bobo- Dioulasso, Jugement n° 016 du 04 juin 2008, préc. ; Jugement n° 248 du 09 août 2006, affaire BSGB-SARL, www.ohada.com, Ohadata J-09-94 ; CA Bobo-Dioulasso, ch. com., 13 fév. 2008, arrêt n° 04/08, www.ohada.com, Ohadata J-10-110, voir dans cette même affaire pour la même cour d'appel, l'arrêt n° 014/08 du 12 nov. 2008 ; TGI, Ouagadougou, Jugement n° 224 du 20 mars 2002, affaire SOTRAO, www.ohada.com, Ohadata J-04-187 ; TPI, Libreville, Jugement, Répertoire n° 19/2001-2002 du 30 octobre 2002, Sté BASSO Industries Gabon, www.ohada.com, Ohadata J-04-140 ; TGI, Moundou, Ordonnance n° 06/ADD/CIV du 25 avril 2006, affaire FSIC, www.ohada.com, Ohadata J-07-147 et dans cette même affaire TGI, Moundou, Jugement n° 32/CIV du 17 avril 2008, www.ohada.com, Ohadata J-09-247, obs. Yvette Rachel KALIEU ELONGO.

³⁵ Lamine DOBASSY, *Les garanties de paiement des créanciers dans les procédures collectives OHADA : Etude à la lumière du droit français*, op. cit., p. 150 et s.



20. Afin d'exorciser les vieux démons de la faillite qui hantent et assaillent inlassablement les entreprises en droit de l'OHADA, il est serait souhaitable d'abandonner l'exigence de la survenance de la cessation des paiements comme condition d'ouverture du redressement de l'entreprises. En effet, l'on sait que la préservation des entreprises passe par la sauvegarde des activités de celles-ci. Pour y parvenir, le législateur de l'OHADA a maximisé sur les mesures préventives³⁶ en consacrant la conciliation, la médiation³⁷ et en modernisant le régime juridique du règlement préventif. De surcroît, même là où le sauvetage semble utopique, il s'obstine à préserver, ne serait-ce qu'une branche d'activité, à travers une cession. Dans ces différentes phases de prévention de la crise économique, le législateur met un point d'honneur au concours des créanciers pour la sauvegarde l'entreprise et plus exactement d'éviter qu'elle franchisse le seuil clinique de la cessation des paiements. Mais aussi paradoxal que cela puisse paraître, le législateur OHADA semble demeurer toujours dans un immobilisme. En d'autres termes, il semble persister dans sa volonté d'organiser les procédures collectives autour de la finalité de paiement des créanciers, ce qui est nettement perceptible dans la dénomination du titre de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives *d'apurement du passif qui* corrobore cette finalité de paiement des créanciers.

21. Pourtant, au regard du contexte général de la situation économique des entreprises dans l'espace OHADA, il aurait été judicieux que le législateur adopte un nouveau paradigme relativement aux conditions d'ouverture des procédures collectives. En effet, le législateur fait de la cessation des paiements une condition générale de l'ouverture du redressement judiciaire et de la liquidation des biens. Mais, dans ce dernier cas, il faut que l'entreprise soit dans une situation « *irréremdiablement compromise* ». Cette formulation, malencontreusement utilisée³⁸ par le législateur de l'OHADA, insiste sur

³⁶ Aymar TOH, *La prévention des difficultés des entreprises : étude de droit comparé français et OHADA*, Thèse, Université de bordeaux, 2015, n° 2, pp. 11 et s.

³⁷ D'ailleurs, il est prévu la possibilité d'une médiation préalable. V. Art. 1-2, alinéa 1^{er} de l'AUPCAP qui dispose que : « *Sans préjudice de l'application des procédures visées à l'article 1^{er} ci-dessus, toute entreprise a la faculté de demander, avant la cessation de ses paiements, l'ouverture d'une procédure de médiation selon les dispositions légales de l'État partie concerné* ».

³⁸ Lamine DOBASSY, *Les garanties de paiement des créanciers dans les procédures collectives OHADA : Etude à la lumière du droit français, op. cit.*, p. 138. Selon l'auteur, la situation malheureuse « *irréremdiablement compromise* », malencontreusement utilisée par le législateur OHADA, doit être redéfinie quant aux difficultés qui peuvent la caractériser.



une situation fatalement compromise et traduit une connotation péjorative voire pessimiste.

22. Or, face à une situation économique tendue, toute crise de communication peut être fatale. En effet, la communication psychopédagogique passe par l'utilisation d'une terminologie adéquate, compréhensible et incitative. On le sait, d'ailleurs, les mots ont des effets sur les mentalités et les comportements des individus³⁹. Donc, l'on pourrait suggérer l'expression suivante : « *un redressement manifestement impossible* » de l'entreprise. Ainsi, le changement de terminologie n'est pas anodin. Il pourrait traduire énergiquement l'ambition de redresser l'entreprise, afin d'imprimer cette dynamique à tous les acteurs de la procédure collective, en l'occurrence les créanciers munis de sûretés qui pourraient ainsi être encouragés avec un état d'esprit une atmosphère où l'attention serait polarisée davantage sur le redressement ou le sauvetage de l'entreprise.
23. Dans cette dynamique, le droit de l'OHADA serait parfaitement en phase avec l'approche moderne des procédures collectives dans d'autres systèmes, notamment en droit français qui, devant l'expectative des propriétés-sûretés a atténué la notion de cessation de paiements dans l'ouverture des procédures de sauvegarde, si elle n'est pas purement et simplement supprimée. Dans la même veine, il sera davantage novateur en droit de l'OHADA de favoriser un meilleur traitement précoce des difficultés des entreprises avant la survenance de cessation des paiements, toute chose qui permettrait, à travers les propriétés-sûretés de mieux restructurer l'entreprise en crise.

II. Les propriétés-sûretés, une bouée de sauvetage du débiteur en difficulté

24. Afin de réaliser la sauvegarde des entreprises en péril, il est nécessaire parfois d'assurer une restructuration de l'entreprise débitrice. Cette restructuration implique une réorganisation de ses dettes, ses finances voire son activité. Son succès nécessite la participation active des créanciers de l'entreprise en difficulté. Or, pour que ceux-ci puissent parier sur le sauvetage de l'entreprise et lui accorder des faveurs, il faudrait qu'ils soient rassurés par d'efficaces garanties de paiement en contrepartie des efforts

³⁹ Philippe ROUSSEL GALLE, « La crise et l'évolution des mentalités face aux difficultés d'entreprise », *LPA*, 8 mars 2010, n° 47, p. 14.



consentis. Les propriétés-sûretés, au regard de leur efficacité enviée⁴⁰, répondent assez nettement à cette fonction. Ainsi, leur adaptabilité à cette finalité peut se traduire par leur utilisation au service de l'entreprise en difficulté tant comme outil de refinancement de l'entreprise (A), que comme un instrument de réorganisation de la masse salariale (B).

A. Les propriétés-sûretés, un outil de refinancement du débiteur en difficulté

Face au besoin de financement, l'apport des propriétés-sûretés peut être d'un grand soutien tant en amont de la cessation des paiements qu'en aval de celle-ci.

25. De prime abord, selon l'article 1-2 de l'AUPCAP⁴¹, toute entreprise, sentant venir les difficultés financières, notamment avant cessation de ses paiements, a la faculté de solliciter l'ouverture d'une procédure de médiation. Lors de celle-ci, il peut être question de négocier des mesures de restructuration avec le ou les créanciers de l'entreprise. Cette médiation peut déboucher sur un accord dans lequel les créanciers accorderont à l'entreprise des faveurs, notamment de nouveaux financements. Afin d'inciter ces créanciers à parier plus largement sur le sauvetage de l'entreprise et, par-là, accorder d'importants concours, l'accord de médiation peut être garanti par une propriété-sûreté⁴². Cela est possible d'autant plus qu'à ce stade, le droit des procédures collectives n'interdit pas l'inscription de nouvelles sûretés, car les règles de la discipline collective ne s'appliquent pas à l'occasion de cette mesure amiable. Les créanciers qui participent à la médiation ont intérêt à obtenir l'institution d'une propriété-sûreté à leur profit en ce sens que la médiation ne confère aucun privilège de paiement en cas de procédure collective subséquente du débiteur. Ainsi, grâce à la médiation, l'entreprise pourra négocier avec ses créanciers son refinancement en proposant de garantir les concours obtenus par une propriétés-sûreté.

⁴⁰ François-Xavier LUCAS, « La fiducie, un cadre adapté pour réaliser des transferts temporaires de valeurs mobilières », *Revue Droit et Affaires* n° 4, Août 2007, 7 ; Christophe JACOMIN, « Fiducie : un instrument à découvrir et à pratiquer », *Rev. Dr. anc. et Fin.*, juillet 2013, n° 4 part. 5.

⁴¹ Article 1-2 AUPCAP : « Sans préjudice de l'application des procédures visées à l'article 1^{er} ci-dessus, toute entreprise a la faculté de demander, avant la cessation de ses paiements, l'ouverture d'une procédure de médiation selon les dispositions légales de l'État partie concerné ».

⁴² Reinhard DAMMANN, Christian HART de KEATING et Hervé LECUYER, « Gage, nantissement, droit de rétention et fiducie », *LPA*, 22 avril 2010, n° 80, p. 4.



26. De surcroît, le débiteur éprouvant une difficulté économique, juridique ou financière, qui n'est pas en cessation de paiement, peut mettre en branle la procédure de conciliation⁴³. Cette procédure se traduit par des négociations privées et la conclusion d'un accord de conciliation négocié entre le débiteur et ses créanciers ou, au moins ses principaux créanciers. Ainsi, ledit accord peut concéder au débiteur de nouveaux financements et ceux-ci peuvent être garantis par une propriété-sûreté. L'on peut légitimement s'interroger sur l'intérêt d'instituer une propriété-sûreté.
27. A vrai dire, l'intérêt est double. D'une part, du côté du débiteur, les créanciers seront plus enclins à parier sur le sauvetage de celui-ci, vu qu'ils sont assurés d'être payé en cas de survenance d'une éventuelle procédure collective, à proprement parlé. D'autre part, du côté des créanciers, en cas d'ouverture d'une procédure collective subséquente du débiteur, la propriété-sûreté assure le paiement au créancier ayant pris part à la conciliation et ne bénéficiant d'aucune priorité de paiement. Cette situation leur confère un droit de priorité de paiement qui devrait les encourager dans tous les cas à apporter le concours sollicité par le débiteur en difficulté.
28. Quant aux créanciers apporteurs d'argent frais, ils disposent, certes, d'un privilège de paiement dit de *new money*. Ce qui pourrait faire penser à l'inutilité de l'institution d'une propriété-sûreté surtout en droit OHADA. En effet, selon, les articles 166 et 167 de l'AUPCAP, le privilège de la conciliation prime tout autre privilège. Contrairement à ces dispositions, en droit français, ce privilège est primé par le privilège des salaires et le privilège des frais de justice⁴⁴. Mais, force est de reconnaître qu'en droit OHADA, d'une part, l'article 167 susvisé qui fait primer ce privilège de la conciliation, concernant les deniers provenant de la réalisation des meubles, le fait sans préjudice de l'exercice d'un éventuel droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement. Or, les propriétés-sûretés, on l'a dit, confèrent un droit exclusif à leur titulaire. Donc, elles sont plus efficaces que les privilèges car les créanciers-propriétaires, par principe, du fait de

⁴³ Selon l'article 2 de l'AUPCAP : « La conciliation est une procédure préventive, consensuelle et confidentielle, destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice afin d'effectuer, en tout ou partie, sa restructuration financière ou opérationnelle pour la sauvegarder. Cette restructuration s'effectue par le biais de négociations privées et de la conclusion d'un accord de conciliation négocié entre le débiteur et ses créanciers ou, au moins ses principaux créanciers, grâce à l'appui d'un tiers neutre, impartial et indépendant dit conciliateur ».

⁴⁴ V. article L. 622-17-II du Code de commerce français ; en ce sens, voy. Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, « Les privilèges de la procédure », *LPA*, 11 juin 2007, n°119, p 70.



l'exclusivité, ne sont pas soumis à la loi du concours. Ainsi, nécessaires pour le refinancement du débiteur avant la survenance de la cessation des paiements, les propriétés-sûretés peuvent également être utilisées pour refinancer le débiteur, même en cas de cessation des paiements.

29. Lorsque l'entreprise est en cessation de paiement et qu'elle fait l'objet d'un redressement judiciaire, en droit OHADA, pour continuer l'exploitation de son activité et assurer son sauvetage, il est indispensable qu'elle obtienne de nouveaux concours afin de financer son activité. Mais, lorsque l'entreprise, dans ces circonstances, bénéficie de nouveaux concours, le débiteur ne peut librement décider de garantir ceux-ci par la constitution d'une nouvelle sûreté. Cela se justifie par le fait que les règles de l'administration contrôlée s'appliquent dès le jugement d'ouverture⁴⁵. C'est dans ce sens que l'article L. 622-7 du Code de commerce français défend au débiteur de réaliser des actes contraires à la gestion courante de l'entreprise, tel que la constitution d'une sûreté. Toutefois, cette prohibition n'est pas absolue, car l'article L. 622-7-II du même Code admet une dérogation en permettant d'obtenir une autorisation du juge-commissaire pour constituer une sûreté⁴⁶. C'est ainsi qu'en France, lors du redressement judiciaire de la Société *Ten*, le juge-commissaire a autorisé la constitution d'une fiducie-sûreté après le jugement d'ouverture⁴⁷.

30. Sur la question de l'intérêt de la constitution d'une telle sûreté en pareil circonstance, il faut se rappeler que les créanciers qui accordent des crédits à l'entreprise objet de procédure collective sont considérés comme des créanciers postérieurs, appelés en droit français, des créanciers postérieurs privilégiés⁴⁸ ou « *méritants* »⁴⁹. Or, l'article L. 622-17 du Code de commerce français prévoit que les créances nées postérieurement au

⁴⁵ Sarah FARHI, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté...*, op. cit., p. 347.

⁴⁶ Aux termes de l'article L 622-7-II du code de commerce, « *Le juge commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger* ». Les propriétés-sûretés ne sont, certes, pas mentionnées dans cette énumération légale. Mais, la doctrine estime que cette liste n'est pas exhaustive. Par conséquent, le juge-commissaire peut autoriser la constitution d'une propriété-sûreté, notamment une fiducie pour garantir les concours accordés par les créanciers pour refinancer l'entreprise ; voy. Sarah FARHI, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté...*, op. cit., p. 347.

⁴⁷ Martine BLANCK-DAP et Yves-Marie RAVET, « La fiducie comme mode d'organisation des opérations immobilières », *Rev. Dr. et Pat.*, mars 2012, n° 212, p. 44.

⁴⁸ Laurence-Caroline HENRY, « La notion de privilège dans la loi de sauvegarde », *Rev. Proc. Coll.*, avril 2008, n° 2, étu. 15, p. 20.

⁴⁹ Pierre-Michel LE CORRE, « Les créanciers dans la loi de sauvegarde de l'entreprise », *Rev. Proc. Coll.*, 2006, p. 336.



jugement d'ouverture en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur sont payées à l'échéance ou par privilège. Ainsi, ce texte devrait profiter aux créanciers qui ont accordé leur concours au débiteur. En effet, la créance de remboursement du prêt représente la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, à savoir, la mise à disposition des fonds prêtés au cours de la procédure de redressement judiciaire ou de sauvegarde en droit français.

31. Du reste, le privilège des créanciers postérieurs « *méritants* » est primé par d'autres privilèges en l'occurrence, le super-privilège des salaires, le privilège des frais de justice et le privilège de conciliation. Dans cette hypothèse, rien n'est sûr pour les créanciers qui apportent de l'argent frais au débiteur, car ils ne sont pas assez certains d'être désintéressés, surtout lorsque le montant des salaires dû se révèle colossal. Du reste, même lorsqu'il reste de l'actif pour les désintéresser, il existe un ordre interne de paiement à respecter, toute chose pouvant leur être défavorable.
32. Fort de ce qui précède, les créanciers qui acceptent de refinancer l'entreprise débitrice soumise à une procédure collective auront un intérêt non moins certain à obtenir une propriété-sûreté, dans la mesure où celle-ci permet de s'extirper des aléas dans le paiement. Dans le même sens, une réorganisation de la masse salariale reste salutaire.

B. Les propriétés-sûretés, un instrument de réorganisation de la masse salariale

33. En rappel, la finalité des législations modernes relatives aux procédures collectives est, prioritairement, de sauver, tant que cela demeure possible, les entreprises défailtantes et de préserver les emplois qui sont liés à l'activité de celle-ci. De prime abord, ces deux ambitions apparaissent complémentaires, en ce sens que lorsque l'entreprise est sauvée par la poursuite de son activité, les emplois attachés à cette activité sont, par ricochet, également, préservés⁵⁰. Cependant, généralement, la survenance des difficultés des entreprises provoque une restructuration de l'activité. Or, cette restructuration entraîne des modifications voire des ruptures des contrats de travail. En effet, bien que les salariés soient indispensables au sauvetage de l'entreprise en péril, les difficultés qui assaillent l'entreprise sont souvent de nature à contraindre le débiteur à diminuer la

⁵⁰ Sarah FARHI, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté...*, op. cit., p. 349.



masse salariale. C'est conscient de ce néfaste impact des procédures collectives sur les contrats que le législateur, aussi bien OHADA que français⁵¹, tente de les limiter en consacrant la continuation de plein droit des contrats⁵². Mais, les salariés semblent être privés de cette faveur⁵³. Ainsi, les licenciements peuvent être nécessaires à la restructuration de l'entreprise défaillante. Certes, lorsque la procédure implique un plan de cession, les contrats de travail sont cédés au cessionnaire⁵⁴, ce qui peut paraître comme une bouée de sauvetage pour les salariés. Toutefois, en pratique, il est assez rare que le repreneur conserve tous les salariés.

34. Certainement, les salariés bénéficient, quelle que soit la solution envisagée, d'un privilège général garantissant les rémunérations de toute nature. Mieux, ils bénéficient d'un super privilège des salaires qui couvre les créances antérieures au jugement d'ouverture⁵⁵ et qui leur permet d'être payés avantagement⁵⁶.
35. Cependant, nonobstant, les garanties dont les salariés bénéficient, le spectre de la perte de l'emploi engendre des tensions sociales. Or, ces tensions, pouvant entraîner des grèves des salariés, sont de nature à compromettre les chances de sauvetage de l'entreprise. D'ailleurs, régulièrement, l'actualité se fait écho de salariés en grève suite à l'ouverture de procédure collective à l'encontre de leur employeur. Or, ces « *mouvements d'humeurs* », indubitablement, entraînent la paralysie de l'activité de l'entreprise, qui, par ricochet, provoque une dégringolade de son chiffre d'affaires. Alors que c'est dans ce moment crucial que l'entreprise a plus besoin de générer plus de recette. Aussi, lorsqu'on parvient à un plan de cession, la grève peut avoir un effet

⁵¹ V. art. L.622-13-VI du Code de commerce français.

⁵² En droit OHADA, v. art. 107 de l'AUPCAP qui dispose que : « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle ou indivisibilité, aucune résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens* ».

⁵³ L'article 107 de l'AUPCAP prévoit à son second alinéa que la continuation de plein droit des contrats en cours ne s'applique pas aux contrats de travail.

⁵⁴ Art. 91 du Code de travail burkinabè : « *S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, reprise sous une nouvelle appellation, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. La résiliation de ces contrats ne peut intervenir que dans les formes et conditions prévues par le présent titre comme si la modification dans la situation juridique de l'employeur n'était pas intervenue* ».

⁵⁵ Art. 95 de l'AUPCAP : « *Les créances résultant du contrat de travail ou du contrat d'apprentissage sont garanties, en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, par le super privilège des salaires* ».

⁵⁶ L'art. 96 de l'AUPCAP prévoit qu'« *Au plus tard, dans les dix jours qui suivent la décision d'ouverture et sur simple décision du juge-commissaire, le syndic paie toutes les créances super privilégiées des travailleurs sous déduction des acomptes déjà perçus. Au cas où il n'aurait pas les fonds nécessaires, ces créances doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds avant toute autre créance* ».



répulsif pour les repreneurs qui ne souhaiteront pas reprendre une activité dans un contexte de conflit social⁵⁷. Ainsi, afin d'apaiser les salariés, l'entreprise doit garantir le paiement de leurs droits et s'engager dans des mesures d'accompagnements des salariés licenciés⁵⁸.

36. Dans ce climat de morosité et d'incertitude, les propriétés-sûretés, notamment la fiducie-sûreté, se dressent comme un outil salvateur. En effet, grâce au transfert de propriété et au patrimoine d'affectation qu'elle impliquera, elle sera préservée des contraintes des procédures collectives. Ainsi, si les salariés obtiennent la garantie de leurs droits par ce mécanisme redoutablement efficace, ils seront enclins à participer, activement, au sauvetage de l'entreprise débitrice. Par voie de conséquence, la fiducie-sûreté peut être usitée comme un outil efficient de réorganisation salariale.

37. A titre illustratif, en droit français, elle a déjà fait sa preuve dans ce sens. Dans le dossier *Pétroplus*⁵⁹, la fiducie a été utilisée pour décanter une situation de blocage. Il ressort de l'espèce que la société *Pétroplus* a arrêté, temporairement, les activités de l'un de ses sites, suite au refus de la société *Shell* de poursuivre un contrat avec elle. Les salariés de cette raffinerie, préoccupés par leur sort, ont entamé une grève et ont bloqué l'activité dudit site. Quelques semaines plus tard, la société *Prétroplus* faisait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire. Afin d'assurer le sauvetage de l'entreprise, le blocage devait être levé pour permettre la reprise de ses activités. Mais, il fallait rassurer les salariés mécontents par l'établissement de garanties relatives à leurs droits et à leurs emplois. Cet apaisement a été possible grâce à l'institution d'une fiducie. Plus concrètement, la société *Pétroplus* a transféré dans un patrimoine d'affectation des stocks de pétrole afin de garantir le paiement des salariés et les mesures d'accompagnement prises au titre du plan de sauvegarde de l'emploi⁶⁰. Ainsi, les salariés, se trouvant tous à l'abri grâce à la fiducie et étant rassurés d'obtenir paiement, ont repris l'activité⁶¹.

⁵⁷ Pierre BAILLY, « Les objectifs du droit des procédures collectives en matière d'emploi », *RLDA*, 2012, n° 75, p. 56.

⁵⁸ Sarah FARHI, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté...*, *op. cit.*, p. 351.

⁵⁹ JEANTET et ASSOCIES, « Actualité de la fiducie – Un schéma fiduciaire novateur », *newsletter* mai 2012, n° 15, disponible sur www.asso-aff.org.

⁶⁰ Annabelle PANDO, « L'association française des fiduciaires veut promouvoir la fiducie en France – Entretien M. DUBERTRET », *LPA*, 7 mars, 2012, n° 48, p. 3 ; Sarah FARHI, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté...*, *op. cit.*, p. 352.

⁶¹ Sarah FARHI, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté...*, *op. cit.*, p. 352.



38. Fort de ce qui précède, le rôle pacificateur des propriétés-sûretés est indéniable en procédure collective. L'institution de la fiducie au profit des salariés permet, non seulement, d'apaiser les conflits sociaux et de réorganiser la masse salariale, mais aussi, de conférer aux salariés une protection plus robuste.

Conclusion

39. A l'évidence, les propriétés-sûretés exercent une influence telle sur les procédures collectives, que par l'alchimie d'une meilleure coordination, ces dernières pourraient plus souvent atteindre l'objectif de sauvetage et de paiement des créanciers. La systématisation de cette coordination entre propriété-sûreté et procédures collectives pourrait davantage faciliter, non seulement un ajustement salvateur des conditions d'ouverture de la procédure collective qui s'en trouveront objectiver, mais aussi et à partir de là, ouvrir la voie pour une meilleure restructuration de l'entreprise malade avec l'accompagnement rassurant des créanciers. Le combat pour l'obtention des dividendes qui cristallisait et paralysait ainsi l'entreprise fera place, par cette alchimie à une solution négociée de sortie de crise et de sauvegarde de l'entreprise, toute chose qui est de nature à renforcer ses potentialités économiques et financières.